

Title	方景暉君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2024
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.97, No.11 (2024. 11) ,p.79- 94
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20241128-0079

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

最後に、これは以上挙げた各論点と本質的にかかわるわけではないが、誤字脱字など文章表現上の不注意が散見されたことも付記する。

以上、本論文に対して肯定的評価を受けるべき点と課題となる点を指摘してきた。ただし、課題となる点にしても、それらは、全体としての本論文の価値を損なうものではなく、長島君が研究者として更なる成長を示してくれることを期待して挙げたものである。

したがって審査員一同は、本論文が政治哲学にかかわる学術的価値の高い業績であると判断し、ここで示された長島皓平君の学識が、博士学位（法学、慶應義塾大学）を授与するに値する旨を報告する次第である。

二〇二四年二月二六日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員・博士（法学）	田上 雅徳
副査	慶應義塾大学名誉教授	萩原 能久
副査	慶應義塾大学理工学部教授	高桑 和巳

方景暉君学位請求論文審査報告

一 本論文の概要

方景暉君の提出した学位請求論文「電磁的記録を対象にする捜査上の搜索・差押えに関する研究——日本と韓国の制度及び議論を中心に——」は、同君による既発表論文（方景暉「電子情報の搜索・差押えと被処分者の権利保障——韓国の制度に関する議論を中心に——」法学政治学論究一二九号（二〇二一年）六七頁以下、同「サイバー犯罪と越境リモートアクセス——最高裁判所令和三年二月一日決定に関する検討——」情報法制研究一二号（情報法制学会、二〇二二年）一一〇頁以下、同「전자증거의 압수·수색에서의 관련성 판단 및 실무상 문제점——한국 대법원 및 일본 최고재판소의 판례를 계기로——」일감법학제四七号（二〇二〇年）一〇一頁以下「電子証拠の押収・搜索における関連性判断及び実務上の問題点——韓国大法院及び日本最高裁判所の判例を契機として——」一鑑法学（韓国・建国大学法学研究所）四七号（二〇二〇年）一〇

一頁以下)をベースとしつつ、大幅に加筆修正を施して、一遍の論文として編まれたものである。

その内容は後に紹介するように、日韓の制度や判例・学説を手がかりとして、両国での電磁的記録を対象とした捜索・差押えの現状と課題を描き出し、両国に対し、立法的なものをも含む提言を行う意欲的なものである。

本論文は、本文・脚注、文献一覧、裁判例一覧等をあわせると約二七万字に及ぶ浩瀚な作品である。

二 本論文の構成

本論文の構成は、以下の通りである(なお、本論文には、以下のほか、初出一覧、文献一覧、裁判例一覧、ウェブサイト一覧が付されている)。

序章

第1節 研究の目的と必要性

1 研究の目的

2 研究の必要性

第2節 研究の範囲と方法

1 研究の範囲

2 研究の方法

第3節 本稿の構成及び用語の整理

1 本稿の構成

2 用語の整理

第1章 電磁的記録とデジタルフォレンジックの基本概念

第1節 本章の目的

第2節 電磁的記録

1 電磁的記録の概念

2 電磁的記録の特性

(1) 媒体独立性

(2) 不可視性及び不可読性

(3) 大量性

(4) 複写の容易性

(5) 脆弱性

(6) ネットワーク関連性

3 電磁的記録の類型

(1) 有体物に保存されている電磁的記録

(2) 揮発性情報の電磁的記録

(3) 伝送中にある情報に関する電磁的記録の当否

4 電磁的記録に類する用語及び区別の必要性

(1) 電磁的記録に類する用語

(2) 電磁的記録に類する用語との区別の必要性

第3節 デジタルフォレンジック

1 デジタルフォレンジックの概念

2 デジタルフォレンジックの類型

(1) ディスクフォレンジック

(2) データベースフォレンジック

(3) メモリフォレンジック

(4) モバイルフォレンジック

(5) ネットワークフォレンジック

3 デジタルフォレンジックの捜査上の必要性

4 デジタルフォレンジックによる電磁的記録の収集手続

第2章 日本刑事訴訟法における捜査機関による捜索・差押え

第1節 本章の目的

第2節 捜索・差押えの基本概念

1 捜索・差押えの定義と対象物

(1) 捜索・差押えの定義

(2) 捜索・差押えの対象物

2 令状主義及び強制処分法定主義との関係

(1) 令状主義との関係

(2) 強制処分法定主義との関係

第3節 現行刑事訴訟法上の通常捜索・差押え

1 令状による捜索・差押え

(1) 現行刑事訴訟法上の関連条項

(2) 令状による捜索・差押えの範囲

(3) 令状による捜索・差押えの執行

(4) 令状による捜索・差押えの執行後の手続

2 令状によらない捜索・差押え

(1) 現行刑事訴訟法上の関連条項

(2) 捜査上の捜索・差押えにおける令状主義の例外

例

(3) 令状によらない捜索・差押え以後の手続

第4節 現行刑事訴訟法上の電磁的記録に関する捜索・差押え

索・差押え

1 平成二三年の刑事訴訟法改正による関連条項の新設

新設

2 平成二三年の刑事訴訟法改正により新設された関連条項に関する検討

関連条項に関する検討

(1) 電気通信回線で接続している記録媒体からの複写(リモートアクセス)(九十九条二項、

二一八条二項

(2) 記録命令付差押え(九九条の二、二一八条一項)

(3) 電磁的記録に関する記録媒体の差押えの執行(一一〇条の二、二二二条一項)

(4) 被処分者に対する協力要請(一一一条の二、二二二条一項)

(5) 電磁的記録に関する保全要請(一九七条三項、五項)

(6) 電磁的記録に関する没収(四九八条の二)

第5節 小括

第3章 韓国刑事訴訟法における捜査機関による捜索・差押え

第1節 本章の目的

第2節 捜索・差押えの基本概念

1 捜索・差押えの定義と要件

(1) 捜索・差押えの定義

(2) 捜索・差押えの要件

2 捜索・差押えの対象物と対象の制限

(1) 捜索・差押えの対象物

(2) 捜索・差押えにおける対象の制限

3 令状主義及び強制処分法定主義との関係

(1) 令状主義との関係

(2) 強制処分法定主義との関係

4 捜索・差押えの用語使用における日本との相違点

第3節 現行刑事訴訟法上の捜査機関による捜索・差押え

押え

1 令状による捜索・差押え

(1) 現行刑事訴訟法上の関連条項

(2) 令状による捜索・差押えの執行

(3) 捜索・差押えの執行後の手続

(4) 日本との相違点

2 令状によらない捜索・差押え

(1) 現行刑事訴訟法上の関連条項

(2) 捜査機関による捜索・差押えにおける令状主義の例外

(3) 令状によらない捜索・差押えの執行後の手続

続

(4) 日本との相違点

第4節 現行刑事訴訟法上の電磁的記録に関する捜索・差押え

索・差押え

- 1 二〇一一年の刑事訴訟法一部改正による導入
- 2 現行刑事訴訟法上の関連規定及びこれによる手続上の特徴

(1) 現行刑事訴訟法上の関連規定(同法一〇六条三項、同条四項)

(2) 同規定に基づいた電磁的記録の搜索・差押えにおける手続上の特徴

- 3 新設された刑事訴訟法一〇六条三項に関する検討

(1) 刑事訴訟法一〇六条三項の意義

(2) 刑事訴訟法一〇六条三項に関する批判的検討

- 4 日本との相違点

第5節 小括

第4章 捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける日韓刑事訴訟法上の問題点

第1節 本章の目的

第2節 現行日本刑事訴訟法上の電磁的記録の搜索・差押え制度に関する問題点

- 1 現行刑事訴訟法上のリモートアクセスに関する問題点

- (1) 問題の所在
- (2) 現行刑事訴訟法上の関連条項に基づく越境リモートアクセスの可否の不明確さ

2 現行刑事訴訟法上の協力要請制度に関する問題点

(1) 問題の所在

(2) 法的義務の履行を担保できる手段の不在

(3) 協力要請に係る被処分者の拒否における代替手段の不充分さ

3 現行刑事訴訟法上の保全要請制度に関する問題点

(1) 問題の所在

(2) 法的義務の履行を担保する手段の不在

(3) 保全要請及び延長に伴う費用負担の問題

(4) 捜査機関の濫用を防止するための統制措置の不充分さ

4 捜査機関による搜索・差押えにおける被処分者の権利保障手段の不充分さ

第3節 現行韓国刑事訴訟法上の電磁的記録の搜索・差押え制度に関する問題点

- 1 現行法上の電磁的記録の搜索・差押えに係る法

的根拠の不充分さ

- 2 搜索・差押えの許容根拠の確保における判例又は実務上の慣行への依存

第4節 現行の日韓刑事訴訟法上の問題点によつて生じ得る困難さ

- 1 日本の場合

- 2 韓国の場合

第5節 小括

第5章 捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける日韓の特徴的な争点

第1節 本章の目的

第2節 電磁的記録に関する搜索・差押えにおける関連性判断に関する問題

- 1 問題の所在

- 2 日韓の判例に関する検討

- (1) 日本——最決平成一〇年五月一日刑集五二二
券四号二七五頁

- (2) 韓国——二〇一五年七月一六日宣告大法院
二〇一一二一八三九全員合意体決定

- (3) 検討

3 電磁的記録に関する搜索・差押えにおける「関

連性」の判断

- (1) 関連性の意味

- (2) 「関連性」の判断に関する日韓の議論状況

- (3) 検討

4 関連争点——関連性判断における包括的差押えに関する問題

- 5 考察

第3節 電磁的記録に関する搜索・差押えにおける別件証拠の取扱いに関する問題

- 1 問題の所在

2 別件証拠に関する韓国大法院判例の事案の概要及び原審と大法院の判断

- (1) 事案の概要

- (2) 原審の判断

- (3) 韓国大法院の判断

3 電磁的記録に関する搜索・差押えにおける別件証拠に係る実務上の問題点

- (1) 既に適法に差し押さえた記録媒体から別件証拠が発見された場合

- (2) まだ差し押さえられていない記録媒体から別件証拠が発見された場合

4 別件証拠の問題に対処するために考慮できる既存の手段に関する検討

(1) 現行の日韓刑事訴訟法が許容している手段による対処の可否

(2) 緊急捜索・差押え（プレイン・ビュー法理の適用）に関する可否

5 電磁的記録の捜索・差押えにおける別件証拠の適法な差押えのための方策の模索

(1) 検証許可状による対処に関する検討

(2) 立法による対処に関する検討

6 考察

第4節 電磁的記録に関する捜索・差押えにおける越

境リモートアクセスに関する問題

1 問題の所在

2 越境リモートアクセスの定義及び必要性

(1) 越境リモートアクセスの定義

(2) 捜査上の越境リモートアクセスの必要性

—— 国際捜査共助が有する限界点

3 日本の議論及び裁判例に関する整理及び検討

(1) 国外における捜査の可否

(2) 最高裁令和三年二月一日決定が出るまでの

議論状況——国際越境リモートアクセス捜査の可否

(3) 最高裁令和三年二月一日決定

(4) 最高裁令和三年二月一日決定が出された後の議論状況——残された問題

4 韓国の議論及び裁判例に関する整理及び検討

(1) リモートアクセスの導入に関する立法の動き

(2) (越境) リモートアクセスの許容根拠に関する議論の状況

5 考察

(1) 日本

(2) 韓国

第5節 小括

第6章 捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えにお

ける日韓への提言

第1節 本章の目的

第2節 日本に提案できる韓国の制度

1 電磁的記録に関する捜索・差押えにおける参与権制度

(1) 捜索・差押えにおける適法性確保手段とし

ての参与権

- (2) 電磁的記録に関する検索・差押えの適法な執行のための参与権保障の時間的範囲
- (3) 電磁的記録に関する検索・差押えの適法な執行のための参与権保障に伴う問題点
- (4) 韓国刑事訴訟法上の参与権制度が有する限界に関する改善策
- 2 電磁的記録に関する検索・差押えにおける専門家参与人制度

(1) 電磁的記録の検索・差押えにおける第三者である専門家の参与

(2) 電磁的記録に関する検索・差押えにおける専門家参与人制度

第3節 韓国に提案できる日本の制度

- 1 電磁的記録に関する検索・差押えにおけるリモートアクセス

(1) 越境リモートアクセスの執行に関する許容の明文化

(2) 電磁的記録が保存された記録媒体の場所に応じた対応策の模索

(3) (越境) リモートアクセス執行の透明性を強

化するための方法

2 電磁的記録に関する検索・差押えにおける記録命令付差押え

3 電磁的記録に関する検索・差押えにおける協力要請制度

4 電磁的記録に関する検索・差押えにおける保全要請制度

(1) 保全要請制度の導入に係る韓国の議論状況

(2) 保全要請制度に関連して日韓に提案できる要素

5 日本刑事訴訟法上の電磁的記録の没収制度に関する韓国への導入可否

第4節 小括

終章

三 本論文の内容

本章は、序章および終章のほか、六章からなる。各章の内容を要約するなら、以下ようになる。

1 序章では、本稿の問題意識が示される。それは端的に言えば、日韓両国において電磁的記録に対する検索・差押

えに関する議論が盛んであり、両国とも諸外国の動向を参照しているが、その際参照される外国とはアメリカ合衆国やドイツである場合が多く、日韓の両国間で、相互に相手国の制度を紹介したり、これを参考にして議論したりすることがこのテーマに関しては極めて少ないというものであり、また、両国間には相互に参照するに値する制度や議論が存在しているというものである。

さらに、方君は、今日、コンピュータ・ネットワークに関する技術が発展するに伴い、生成・保存される電磁的記録の量も増加していること、このため犯罪に関する情報が電磁的記録の形で保存される場合が非常に多いこと、電磁的記録は不可視性・不可読性といった性質を有することから、搜索・差押えに際しこれらの性質に配慮した制度が必要であることを指摘し、電磁的記録の搜索・差押えにかかる議論の重要性を強調する。

2 第1章では、捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えを論ずるための前提となる、電磁的記録とデジタルフォレンジックの概念や関連する制度が紹介・整理される。

すなわち、電磁的記録につき、まず、日本刑法七条の二の規定を参照して、「電子的方式、磁気的方式その他人の

知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるもの」とこれを定義し、ついで、電磁的記録には、媒体独立性、不可視性・不可読性、大量性、複写の容易性、脆弱性、ネットワーク関連性といった性質があることが指摘される。さらに、電磁的記録には、有体物に記録されている場合、（有体物に記録されているものの中でも）揮発性のある状態で記録されている場合、ネットワークを介して伝送中にある場合があることも、あわせて指摘される。

次に、デジタルフォレンジックについては、その対象の性質に応じて、ディスクフォレンジック、データベースフォレンジック、メモリフォレンジック、モバイルフォレンジックといった区別がなされ、また、デジタルフォレンジックが「事前準備↓データの収集↓データの分析↓報告」といった段階を経て行われるところ、各段階ごとに法的統制のあり方を論ずる必要があることが指摘される。

3 第2章および第3章では、それぞれ日本と韓国における搜索・差押えの手続および関連する解釈問題が概観される。

すなわち、第2章では日本における、第3章では韓国に

おける、搜索・差押えの概念や搜索・差押え一般に対する法的統制のあり方、電磁的記録にかかる搜索・差押えに対する法的統制のあり方が概観される。そこでは、両国の搜索・差押えが基本的には同様のものであること、ただし、たとえば韓国においては搜索差押許可状の請求権者が日本よりも限定されていること（日本では司法警察員も請求権者であるが、韓国では請求権者が検察官に限定される）や、日本では被処分者の権利とされない捜査機関による搜索・差押えに際しての立会いが韓国では被処分者の権利と位置付けられること等、両国の搜索・差押え制度の相違点が丁寧に描き出される。あわせて、両国が、近年の刑事訴訟法改正で、電磁的記録の搜索・差押えに関する制度を導入したことが紹介・整理される。

4 第4章では、第2章・第3章での紹介・整理を踏まえて、電磁的記録の搜索・差押えにかかる両国における問題が析出される。

日本については、リモートアクセス、協力要請、保全要請に関する問題点が指摘される。リモートアクセスについては、越境リモートアクセスの可否について法文上不明確であること、協力要請・保全要請についてはその実効性や

被処分者の権利保障に限界があることが指摘される。

韓国については、刑事訴訟法上、電磁的記録に関する搜索・差押えに関する規定が少なく、刑事訴訟法の解釈（大法院の判例や捜査実務上の慣行）によりリモートアクセス等が行われていることが紹介・整理される。方君は、このような韓国刑事訴訟法のあり方について、改善の必要性を指摘する。

5 第5章は、前章までの整理を踏まえ、三つの問題について個別具体的な検討を加える。

そこで取り上げられるのは、①電磁的記録に関する搜索・差押えにかかる関連性判断、②電磁的記録に関する搜索・差押えにかかる別件証拠の取扱い、③越境リモートアクセスの問題を取り上げる。方君は、これらの問題を、①日韓両国においてそれぞれ活発な議論がある問題、②日韓を比較した場合、韓国においてより活発な議論がある問題、③韓国では刑事訴訟法上の規定を整備しないまま行われており、議論の蓄積も相対的には少ないが、日本では一定の法整備が行われている上、議論が活発である問題と位置付け、電磁的記録に関する搜索・差押えにかかる諸問題の中でもこれらの問題につき特に詳細な検討が必要であるとす

る。

このうち、①関連性判断について、本論文は、日韓両国において、電磁的記録に関する搜索・差押えに際し、ある記録媒体が搜索・差押えの対象として特定された物に該当するかどうかの確認が容易ではないという事態がしばしば生ずるが、日本では、この関連性の有無の判断を、当該記録媒体の外形的状况も含めた蓋然性の有無によって行っているが、韓国では、関連性要件を緩やかに解する等、日本における判断よりも緩やかな判断が行われているとする。

また、②別件証拠について、本論文は、捜査機関が既に適法に差し押さえた記録媒体中に含まれている別件に関する電磁的記録を捜査機関が利用しようとする場合、韓国では、別件に対する搜索差押許可状の発付を受け（当初の差押えを受けた）被処分者に参与（日本では「立会い」）権を保障せねばならないとする大法院判例があることを紹介し、この点が日本における取扱いと異なることを指摘する。

さらに、③越境リモートアクセスについて、本論文は、まず、日本刑事訴訟法はリモートアクセスについての規定を有し、当該規定に基づいて越境リモートアクセスが許されるかが問題とされているところ、韓国刑事訴訟法は（越境ではない）リモートアクセス一般についての規定を有し

ないにもかかわらず、大法院判例によって越境リモートアクセスが許容されていることを紹介し、日韓両国では越境リモートアクセスの可否を論ずる前提に異なるところがあることを指摘する。さらに、本論文は、越境リモートアクセスを立法によらずに行うことは問題があるとの認識から越境リモートアクセスにかかる日本の最高裁判例や学説を詳細に検討する。

6 第6章は、第4章・第5章における紹介・検討を前提とし、日韓両国に対し、立法や運用にかかる提案を行う。

まず、日本に対しては、捜査段階での搜索・差押え一般につき被疑者立会いの制度を整備すべきこと、電磁的記録に関する搜索・差押えについては搜索・差押えの現場における立会権のみならず、電磁的記録媒体を搬出する段階や電磁的記録内の関係情報の探索・出力等を行う段階での立会権保障も行われるべきことを主張する。また、あわせて、電磁的記録に関する搜索・差押えに際しては、被疑者だけではなく、専門家の立会いが認められるべきこと、その制度設計には韓国において導入に向けた議論がある専門家参与人制度を参照すべきことを主張する。

次に、韓国に対しては、リモートアクセスや保全要請制

度等、立法的な手当てがなされていない措置について、日本における立法例を参照しつつ、規定を整備すべきことを主張する。

7 終章は、本論文を要約した上で、日韓両国を対象とした比較法研究の重要性を説く。

本論文によれば、従来、日韓両国を対象とした比較法研究は必ずしも活発とはいえないが、日韓の刑事訴訟法が搜索・差押えに関して類似した体系を有していることから相互比較が容易であるため、今後も、両国の制度・議論を対象とした多様かつ詳細な研究が続けられるべきであるという。

四 本論文の評価

1 本論文は、日韓の電磁的記録に関する搜索・差押えにかかる包括的な研究としての価値を有する。日本における韓国刑事訴訟法研究は、ごく一部の例外を除いて手薄であり、韓国における搜索・差押えにかかる議論をこれほど詳細に紹介した日本語による研究は、他に類を見ない。

また、本論文は、韓国の制度を紹介するに際し、一足飛びに電磁的記録に関する制度にかかる議論から叙述を始め

るのではなく、搜索・差押え一般の概念や要件等、基本的な事項から丁寧に説明を開始しており、必ずしも韓国刑事訴訟法の知識が十分とはいえない多くの日本人研究者（あるいは日本において刑事訴訟法学を学び研究する外国人研究者。以下同様）にとって、懇切丁寧な論じ方となっている。

また、本論文は、日本の制度についても搜索・差押え一般の概念や要件等、基本的な事項から丁寧に説明を開始している。日本人研究者にとってはいくぶん冗長な面もあるが、本論文が韓国語に翻訳され韓国で刊行された場合には多くの韓国人研究者にとって、日本における搜索・差押えにかかる議論につき、より深みのある理解をもたらすものとなる。

2 本論文は、韓国人留学生として日韓の比較法研究に挑んだ方君の熱意と意欲を証明するものでもある。

前述のように、本論文は日韓の電磁的記録に関する搜索・差押えにかかる包括的な比較法研究であるが、それに止まらず日韓の搜索・差押え一般を包括的に比較・検討するものでもある。

このうち日本法にかかる文献調査は単に代表的な資料を

用いるのみではなく、幅広く数多くの資料を収集し分析し検討している。また、デジタル技術に関する最新情報については、法学に関する文献のみならず技術的な文書に至るまで資料を収集し参照している。

このような広範な文献の渉猟は、もちろん研究者にとって当然のことではあるが、方君が後期博士課程に入学して初めて日本国内における研究を開始した留学生であることを考えると、限られた時間内でこれだけ多くの（方君にとって外国語である）日本語文献を使いこなしたことは称賛に値する。方君の熱意と意欲は高く評価されるべきである。

3 本論文が日本刑事訴訟法学にもたらす知見としては、たとえば、次のようなものがある。

日本では、搜索・差押えは、当該処分の客体に対する占有が被処分者から処分者へ移った時点で終了すると一般に理解されている。このため、日本刑事訴訟法は、占有を移転させる時点で着目して、法的な統制を及ぼそうとしている。このような統制の方法からすれば、占有移転終了後の捜査機関による活動（たとえば差し押さえた物の分析）に対しては法的な統制が及びにくい。この段階の活動は、既に処分が終了した後のものと考えられるからである。

これに対し、韓国においては、捜査機関が電磁的記録の占有を取得した後の時点についても、被処分者に立会権（韓国では「参与権」）を保障することの必要性・重要性（本論文は、被処分者の参与権を「捜査機関の処分に協力する」とともに、捜査機関の不当な行為に関して異議を申し立てるなど、自分に発生しうる権利の侵害などに積極的意思表示できる権利である」とする）や限界（捜査上の秘密の保護や捜査の迅速性の低下、長期間にわたる参与権行使の困難さ等）が語られる。

さらに、本論文は、搜索・差押えの現場や、当該客体を解析する時点で、デジタルフォレンジック技術に関する専門家（「専門家参与人」）が立ち会うことの必要性を論ずる。方君は、この専門家参与人につき、韓国における議論を詳細に紹介しつつ、専門家参与人となり得るのはどのような者であるべきか（本論文は、専門家参与人として、デジタルフォレンジックに関する専門家であって法的な知識を有している者を想定する）、専門家参与人が担う役割はどのようなものであるべきか（本論文は、専門家参与人に、被処分者に対しデジタルフォレンジックに関する説明をする役割および捜査段階で電磁的記録が捜査機関により変更されていないか確認し公判廷で証言する役割を期待する）、

専門家参与人をどのように選定すべきか（本論文は、専門家参与人は捜査機関から独立に選任されるべきであるとする）、専門家参与人の参与が必須とされるのはどのような場合であるべきか（本論文は、捜査機関が占有を取得した電磁的記録内を探索する段階では、専門家参与人の参与を義務化すべきであるとする）等を、詳細に論ずる。

このような韓国における参与のあり方を、直ちに日本における制度設計に反映し得るかについては慎重な議論を要するが、当該客体に対する占有が移転した後の手続に対する法的な統制のあり方という新しい視点を日本刑事訴訟法学にもたらしものである。

4 他方、本論文にもいくつかの難点がある。

まず、本論文の説明や記述に冗長な面があることは否定し難い。博士論文としてはやや教科書的に過ぎると評価せざるを得ない記述も見られるのである。将来、本論文が書籍として刊行されることがあるとすれば、その際には、重複する説明を整理するなどして文章をスリム化し、その主張をより明確にした方が読者にとって親切であるように思われる。

もっとも、この冗長さは、本論文が、日韓両国を対象と

した比較法研究が乏しい現状に鑑み、日韓それぞれの研究者に対し、相互に相手国の捜索・差押えにかかる議論を基本的な事項から丁寧に説明しようとするものとトレード・オフの関係にある。また本論文が方君の留学生生活の総決算にあることからすれば、博士課程で調査・研究した知見と情報を可能な限り盛り込もうとする姿勢も理解は可能である。このため、記述の冗長さは、本論文の学術的な価値を損ねるものとはではないであろう。

5 前述のように、本論文は、両国に対する立法提案を行う意欲的な作品であるが、それだけに、提案に粗さがないか、気がかりな部分もある。端的に言えば、両国に対する立法提案が、両国において受人可能なものであるか、両国において他の手段による解決が目指されるべき問題ではないか等についての検討は手薄である。

たとえば、韓国はリモートアクセスについての規定を持たないまま、国内所在のサーバーに対するリモートアクセスや越境リモートアクセスを大法院判例によって実現しているが、本論文は立法によらずにこれらの処分を行うことを批判し、日本の関連する規定を参考にして韓国刑事訴訟法にこれらの処分の根拠規定を新設すべきであると主張す

る。この主張の理論的な当否は格別、このような主張が韓国の立法実務において実際に受け入れられるかどうかは検討を要する。韓国における強制処分法定主義の概念やその変遷が、日本におけるそれらと同様であるか否かも含めたより立体的な比較・検討も必要であったように思われる。このような検討を経れば、リモートアクセスの法的根拠にかかる本論文の主張は、より説得的なものとなつていくように思われる。

また、本論文は、前述のように、韓国刑事訴訟法を参照して、日本に対し、電磁的記録に関する搜索・差押えに際しての被処分者の立会権を広範に保障すべきであると主張する。特に電磁的記録媒体を搬出する段階での立会権保障や、当該記録媒体内の情報を探索する際の立会権保障は、本論文の主張のうちでも極めて野心的なものの一つだが、捜査機関による搜索・差押え一般について被疑者の立会権を認めていない日本刑事訴訟法において、一足飛びに本論文が主張するような広範な立会権保障を行うことについて、合意形成が可能か否かは、必ずしも定かではない。ことに、当該記録媒体内の情報を探索する時点での立会権保障は、情報の探索に一定の時間がかかることを考慮すれば、国家の権能たる刑罰権の発動およびその前提としての捜査権の

行使と両立する形で実現できるか否かについて、韓国における捜査実務の現実や、韓国において広範な参与権（日本では「立会権」）保障を行うべきとされる社会的背景（情報プライバシーに対する社会の感度や捜査機関に対する信頼の度合い）、参与（日本では「立会い」）によってどのような権利・利益がいかなる機序で保護されることになるのか否か、これらの捜査実務の現実や社会的背景等が日本においても同様か否か等、より幅広い視野からの詳細な比較検討が必要であったように思われる。

6 本論文では、個々の解釈論的な問題について、あり得る考え方が複数示されるのみで、方君自身がどのような立場を採るのか、必ずしもはっきりしない箇所や、解釈論的な詰めが不十分ではないかと思われる箇所が見られる。包括的差押えをめぐる関連性にかかる議論や越境リモートアクセスにかかる議論は、その一例である。

たとえば、越境リモートアクセスについては、当該処分が主権侵害を伴うか否か、仮に主権侵害を伴うとしてもそれが捜査の適法性にいかなる影響を与えるか、当該処分の適法性を考える上でサイバー犯罪条約がいかなる意味を持ちうるか等、国際法学の知見や国家実行の現実も踏まえた

検討がなされ、その上で、方君なりの結論が明示されれば、本研究の学術的な価値が一層高まったものと思われる。

本論文の目的のひとつが日韓両国における議論を広範に紹介・比較しようとするところからすれば、そこで取り扱われる個別の問題について逐一精密で明確な結論を示すよう求めることは、やや過度な要求という面もある。しかし、読み手としては、これだけ詳細かつ広範な検討を行った方君が、個々の解釈論的な問題に対しどのような検討を経てどのような考え方に至っているのかにつき、どうしても興味を持たずにはいられないのである。

7 もっとも、一連の「注文」は、方君の今後の研究における課題であって、これらの難点があるからといって、本論文の価値が毀損されるものとはいいないであろう。今後は、本論文でなし遂げた包括的な比較検討を足がかりとして、個別的な問題に対するより細密な比較検討や解釈論の展開が行われることを期待する。

以上のことから、審査員一同は、方景暉君に博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であると思料し、その旨を報告するものである。

二〇二四年四月一九日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員博士法学（東京都立大学）	亀井源太郎
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員博士法学（慶應義塾大学）	太田 達也
副査	東京大学大学院法学政治学研究科准教授 学士（法学）（東京大学）	成瀬 剛